

# LA DEFENSA PUTATIVA Y LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO\*

DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/jurideuc.11.1.2015.7>

Recibido: 25 de Marzo de 2015 / Revisado: 09 de Junio de 2015 / Aceptado: 12 de Junio de 2015

**Jorge Arturo Abello Gual\*\***

Instituto Universitario Politécnico Granacolombiano

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Abello, J. (2015). La Defensa Putativa y la Imputabilidad disminuida en el Código Penal colombiano. *Jurídicas CUC*, 10 (1), 151-182. doi: <http://dx.doi.org/10.17981/jurideuc.11.1.2015.7>

## Resumen

En el presente trabajo se realiza un estudio crítico sobre un caso en el que era posible reconocerle una defensa putativa a una mujer que disparó en contra de un taxista al pensar erróneamente que estaba siendo objeto de un ataque en contra de su integridad de mayor intensidad de lo que realmente era.

## Palabras claves:

Defensa putativa, inimputabilidad disminuida, error de prohibición indirecto, error en los presupuestos objetivos de las causales de ausencia de responsabilidad

\* Este artículo hace parte de un proyecto de investigación avalado por el Politécnico Granacolombiano, Institución Universitaria.

\*\* Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte de Barranquilla. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: [georabello@gmail.com](mailto:georabello@gmail.com)

## PUTATIVE DEFENSE AND DIMINISHED RESPONSIBILITY IN COLOMBIAN CRIMINAL CODE

### Abstract

*In this paper, a critical analysis of a case is put forth. It was possible to recognize putative defense to a woman who shot a taxi driver since mistakenly thought she was the subject of a great intensity attack.*

### Keywords:

*Putative Defense, Diminished Criminal Responsibility, Indirect Error as to the Prohibition, Error in the Causation of Lack of Criminal Responsibility Pre-requisites*

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realiza un análisis jurídico-dogmático de un caso analizado por la jurisdicción colombiana que, de acuerdo con los planteamientos que se harán en este artículo, debió tratarse como una defensa putativa –y con los efectos jurídicos que ella tiene- y no como una tentativa de homicidio doloso atenuado por la ira (C.P., Art. 57, 2010), como lo resolvió la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

El caso que se va a analizar se trata de una mujer que padecía de hipertiroidismo, enfermedad que, según el médico tratante y de conformidad con la literatura médica, produce en los pacientes, inestabilidad emocional, irritabilidad y ansiedad. De acuerdo con los hechos, la procesada se dirigía a una cita médica de control de su enfermedad cuando en medio del pesado tráfico vehicular de Bogotá, un taxista le cerró la vía en tres ocasiones, por lo que la procesada, pensó ser objeto de un ataque en contra de su integridad al parecer un atraco o un homicidio. Al ver esta situación, la mujer que era miembro de la fuerza pública y esposa también de un militar, tomó de la cajuela del vehículo una pistola perteneciente a su esposo y luego de hacerle una advertencia al taxista de que no siguiera con su conducta, se le disparó el arma cuando el taxista hizo chocar el retrovisor de su vehículo con el de la procesada. La bala del arma impactó primero con el vidrio interior de la ventana de la procesada, dejándola aturdida por el sonido del disparo, y luego, se incrustó en el ángulo superior de la puerta del vehículo del taxista. Cuando la bala rompió el vidrio de la procesada, las esquirlas le cayeron al taxista causándole heridas en el rostro, las cuales fueron valoradas por Medicina Legal, cuyo dictamen catalogó las heridas como una incapacidad para trabajar.

De acuerdo con este breve resumen de los hechos, en el presente trabajo analizaremos si se puede presentar una defensa putativa, y a su vez, analizaremos qué efectos jurídicos deberían producirse para la procesada en el caso concreto.

El estudio comenzará relatando un breve recuento de los hechos para luego pasar a un pequeño resumen de los fundamentos jurídicos de las sentencias de las dos instancias que resolvieron el caso, y finaliza con un análisis dogmático y crítico del caso.

## Resumen de los hechos

En la sentencia del 6 de marzo (2013), se resumieron los hechos de la siguiente manera:

Se extracta de los hechos relatados en la actuación que el 5 de abril de 2011, hacia las 6:50 pm, en la calle 127 Bis con Av. 19 de Bogotá, conducían sus vehículos, por una parte PAOLA EDITH LIZARAZO RUIZ, un Skoda particular, y por otra parte JOHN JAIRO ESCOBAR GONZALEZ, un Chevrolet taxi donde llevaba un pasajero en el asiento de atrás. El taxista cerró y le ganó la vía dos veces al vehículo de la mencionada mujer. Ésta, subteniente del Ejército Nacional y uniformada en ese momento, tomó un arma de fuego que llevaba en la guantera y que pertenecía a su esposo; en un primer momento se la mostró al taxista, posteriormente la disparó teniendo cerrado el vidrio derecho de su carro, de manera que lo rompió, el proyectil se alojó en el travesaño superior de la puerta del conductor del taxi y las partículas de vidrio lesionaron en la cara al taxista. El tráfico era muy lento y los vehículos habían quedado detenidos de manera paralela; varias personas, entre ellos un agente de la policía, percibieron los hechos. La oficial se bajó de su carro y pidió ayuda. Un transeúnte se ofreció para conducir y llevar al taxista a una clínica para atención de sus heridas, de donde le resultó una incapacidad laboral por 10 días.

La oficial PAOLA LIZARAZO fue capturada en el lugar, hizo entrega del arma de fuego y dijo que no portaba documentos que la autorizaran para llevarla consigo. (Sentencia 19 de marzo de 2013).

A continuación me permitiré adicionar algunos hechos que no fueron incluidos en el resumen anterior, pero que son relevantes:

1. Hay que aclarar que no fueron dos embestidas que realizó el taxista en contra de la procesada, sino tres, como bien lo reseñó el Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal en la misma sentencia: “en el primero, ella no le presto mayor atención; en el segundo ella se disgustó y recordó el revolver que su marido siempre dejaba en la guantera de ese carro, lo sacó y se lo mostro al taxista para advertirle que con ella no se metiera; en la tercera se enfureció, elevo el revólver y se le disparó o lo disparó. En eso es en lo que coincide la evidencia testimonial legalmente allegada, de la víctima (archivo

- 1, 1'10", CD 7) y de la acusada (archivo 3, 27'15", CD 7), que no fue analizada por nadie hasta ahora en el proceso."
2. De acuerdo con el informe del perito de balística, se menciona que la trayectoria del disparo fue de abajo hacia arriba, hecho que explotó el defensor en el proceso para tratar de desvirtuar la tentativa de homicidio, apoyando lo anterior con otros hechos probados: uno de ellos, fue las afirmaciones de la procesada quién manifestó que no disparó a la cabeza del taxista, sino que intento hacer un disparo al aire; el segundo, es que a tan corta distancia era imposible errar un disparo si la intención hubiese sido la de matar al otro conductor, porque la procesada y la víctima como también quedó probado, se encontraban a menos de un metro de distancia; y por último, también quedó demostrado que sólo se disparó un proyectil, lo que también disminuye la efectividad y la intencionalidad. Sin embargo, para el Tribunal, la tesis de la defensa no podía acogerse, pues, el impacto entre la bala y el vidrio, y la mala puntería de la acusada, fueron las causas principales que evitaron una tragedia de mayores repercusiones.
  3. El médico tratante de la procesada afirmó en audiencia lo siguiente: que la procesada padecía de hipertiroidismo y que esta enfermedad produce en los pacientes que la padecen irritabilidad, inestabilidad emocional y ansiedad, que son congruentes con la reacción desproporcionada de la acusada en los hechos.
  4. La procesada era agente del ejército y se encontraba uniformada en el momento de los hechos, que acababa de llevar al aeropuerto el Dorado de Bogotá a su esposo, quién también es agente de la fuerza pública y que se dirigía a otra ciudad del país para cumplir operaciones militares. Por alguna razón estas circunstancias permitieron que la procesada le diera otra interpretación a la situación en que se encontraba, pues se sintió vulnerable y amenazada por su condición de mujer, por su condición de militar y por ser esposa de un militar que iba a cumplir una misión en otra ciudad en esos momentos.
  5. El arma que disparó la procesada era del esposo y no estaba habilitada para usarla, hecho por el cual le fue imputado el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

6. Que en la última embestida del taxista en contra de la procesada, resultó roto el espejo retrovisor del automóvil de esta última, hecho que precipitó el disparo del arma.

## **Resumen de los fundamentos jurídicos de las decisiones de primera y segunda instancia**

Por la extensión de este trabajo, solo nos permitimos transcribir los apartes más importantes de los fallos para efectos de proceder con el análisis jurídico- dogmático y las conclusiones respectivas.

La primera instancia decisoria del caso en análisis le correspondió al Juzgado 36 del Circuito de Bogotá, el cual condenó mediante Sentencia del 8 de mayo (2012) a la señora Paola Edith Lizarazo Ruiz por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. En resumen por las siguientes razones:

Si bien es importante tener en cuenta, como lo hemos venido manifestando que el arma utilizada por la enjuiciada era capaz para causar la muerte de la víctima, de igual importancia resultan las circunstancias antecedentes de este hecho, como fue que entre la implicada y el señor taxista en varias oportunidades se hubiese producido cerramientos de los rodantes, hechos estos que conllevaron a que PAOLA EDITH decidiera dispararle, nótese pues, cómo de lo anteriormente expuesto no podemos inferir que la intención de la enjuiciada haya sido solamente de lesionar sino de quitarle la vida a JHON JAIRO, pues si bien el disparo no hizo impacto en el cuerpo del ofendido, ni afectó directamente su humanidad, ni interesó ningún órgano vital del mismo, esto no desdibuja el aspecto subjetivo del ilícito, lo que nos conduce a entender que efectivamente, el designio criminal de la señora PAOLA EDITH no era otro distinto a oponerse a los diversos cerramientos que venía siendo objeto por parte del conductor de transporte público, no lesionando su humanidad como bien jurídico tutelado ni haciendo un disparo al aire, como lo sostiene el aquí defensor, pues si esto hubiese sido así el impacto del proyectil no hubiera dado en la parte superior del rodante taxi (...) Tenemos que el comportamiento fue dirigido por la acusada no para defenderse de una

agresión por parte del señor JHON JAIRO sino por la intolerancia, y este actuar iba dirigido a lesionar la vida que no llegó a su consumación por circunstancias ajenas a su voluntad, como era llevar el vidrio de su rodante cerrado el cual opuso resistencia e interrumpió la trayectoria definitiva del disparo (...).

Por otra parte, la procesada era consciente que su actuar, pues aun cuando pretendiera excusar su reacción en la enfermedad de hipertiroidismo de la que sufre, el mismo testigo, el médico JORGE GARCIA LINARES, especialista en endocrinología y tratante de la procesada, quien señala en audiencia de juicio oral que siendo ésta una enfermedad autoinmune de tiroides, la cual consiste en que por diferentes causas, se producen cantidades excesivas de hormonas tiroidea y el organismo no reconoce el tiroides como propio, el paciente presenta síntomas de calor, sudor, palpitaciones, pérdida de peso, pérdida de masa muscular, nerviosismo, irritabilidad, inestabilidad emocional, son síntomas que no se presentan en todos los pacientes, señalando que quien sufra de este tipo de padecimientos puede continuar con su vida laboral y familiar de forma normal, lo cual depende de cada persona, sin que a esta paciente en particular, se le haya prohibido dentro de lo que reposa en su historia clínica desarrollar sus actividades normales, por lo que se deduce que era capaz de autodeterminarse y conocer la implicación de su comportamiento, no existiendo ninguna causal eximente de responsabilidad de las previstas en el artículo 32 del C.P., pues si bien la defensa pretende señalar una legítima defensa putativa, lo que plantea es un error de prohibición consagrado como ausencia de responsabilidad, pero es cuando se obra con la convicción errada de que se está ante una causal de ausencia de responsabilidad, lo cual no ocurre según lo analizado.

El fallo de segunda instancia le correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que mediante sentencia del 19 de marzo (2013), condenó a la acusada pero modificó el contenido de la sentencia reconociendo la atenuante de ira e intenso dolor (Art. 57 del C.P.) y otorgando la prisión domiciliaria, por las siguientes razones:

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumatorio.

Pues bien, resulta importante advertir que se trató de una conducta en extremo grave, en la medida que la procesada, sin reparo alguno, atacó la integridad de un ciudadano indefenso con un elemento bélico capaz de acabar con su vida, por lo que nos encontramos frente a un actuar que de alguna manera revela una personalidad escasa de referentes morales y legales capaces de impedir a la encausada actuar antijurídicamente.

(...)

En efecto, ahora afirma el defensor que la subteniente fue perseguida por el taxista en actitud agresiva durante el recorrido por varias cuadras. Esta descripción ofrece a cualquier persona, en primera lectura, un serio motivo de preocupación y permite inducir engañosamente una posibilidad de verdadera defensa legítima, pero cuando se la contrasta con las manifestaciones registradas en los testimonios, tanto de la acusada como del taxista víctima, es palmaria su falsedad. No existió tal persecución por cuadras: en un muy corto trayecto hubo dos o tres cerradas o momentos en los que el taxista le ganó la vía a la acusada. En el primero, ella no le prestó mayor atención; en el segundo ella se disgustó y recordó el revolver que su marido siempre dejaba en la guantera de ese carro, lo sacó y se lo mostró al taxista para advertirle que con ella no se metiera; en la tercera se enfureció, elevó el revólver y se le disparó o lo disparó. En eso es en lo que coincide la evidencia testimonial legalmente allegada a la víctima (archivo 1, 1'10", CD 7) y de la acusada (archivo 3, 27'15", CD 7), que no fue analizada por nadie hasta ahora en el proceso.

(...)

Sin embargo, la manera jurídicamente adecuada para tratar éste punto es la del conocimiento previo que tiene la enferma de su propia condición, máxime cuando los signos alegados incluyen efectos de índole emocional y ella es una experta en esa área de la salud. Sabiendo ella que podía presentar esos síntomas, siendo experta en mecanismos de control emocional, teniendo conciencia de que llevaba varios días sin la medicación adecuada (ib. 20'15"), habiendo contado con unos diez minutos para reflexionar y adecuar su conducta (ib., 20'40"), le era exigible un comportamiento dirigido a evitar un resultado dañoso, y si lo causó es penalmente responsable de él, porque en el origen pudo someter su conducta a su autodeterminación (*actio libera in causa*). Esta evidencia testimonial no fue analizada hasta ahora y dogmáticamente no puede tener sino ese tratamiento. Por lo tanto, no es próspero este argumento sugerido."



De esta manera, podemos encontrar en estos pronunciamientos, consideraciones, que a nuestro juicio son errados, porque en ambos pronunciamientos se afirma que la procesada actuó de manera dolosa para matar al taxista, sin considerar, que el dolo de la procesada no había sido nunca de matar sino de defenderse. Seguramente por la preocupación de no dejar impune esta conducta, partieron del supuesto de que se trató de un acto de intolerancia por parte de la procesada, afirmando que tenía la intención de matar, desconociendo a todas luces que existió una agresión injusta y que la procesada actuó con la intención de defenderse, hecho que genera una gran contradicción en la motivación y los pronunciamientos tanto del juez de primera instancia como del Tribunal Superior de Bogotá.

Ahora bien, a continuación abordaremos el estudio dogmático del caso, y expondremos los temas que a nuestro juicio posibilitan una resolución diferente del caso.

## Estudio dogmático del caso

Para el estudio dogmático del presente caso, se hace necesario primero analizar dos situaciones relevantes, como lo son, por una parte, la capacidad de percepción de la realidad que tenía la procesada en el momento en que ocurrieron los hechos, y por otro lado, su reacción defensiva frente a esa percepción.

*La capacidad de percepción.* Frente al primer elemento, tanto el juez de primera instancia como el Tribunal consideraron que en el presente caso no se presentaba una causal de inimputabilidad.

La primera instancia consideró que no había sido probado que la procesada padeciera dichos síntomas en el momento de los hechos, y la segunda instancia, consideró que la procesada sí podía autodeterminarse y controlarse por ser psicóloga de profesión y por ser consciente de su enfermedad.

En el caso sujeto a examen, podría sostenerse suficientemente que tanto el juez de primera instancia como el de segunda, incurrieron en una distorsión en el contenido de la prueba, tanto por cercenamiento como por adición.

Las dos instancias que resolvieron el caso encontraron en el material probatorio que la acusada padecía de un trastorno hormonal causado por el hipertiroidismo, según lo dictaminó el médico tratante JORGE GARCIA LINARES, quien expuso en la audiencia de juicio oral que dicha enfermedad produce en los pacientes que la padecen, entre otros síntomas, nerviosismo, irritabilidad e inestabilidad emocional, síntomas que seguramente pudieron afectar la capacidad de la procesada para comprender la realidad que se le estaba presentando durante los hechos que fueron objeto de juzgamiento.

Es necesario aclarar que tales trastornos provocados por la enfermedad de hipertiroidismo se encuentran documentados en la literatura médica del caso. Por ejemplo, los doctores Gloger K. & Fardella B. (2013) comentan lo siguiente en la revista médica de Chile respecto al pánico causado por el hipertiroidismo en pacientes que lo padecen:

Se ha demostrado una prevalencia aumentada de alteraciones tiroideas en pacientes con trastornos psiquiátricos. Recientemente, nuestro grupo comunicó una alta frecuencia de alteraciones tiroideas en pacientes ambulatorios que consultan por trastorno de pánico o trastornos mayores del ánimo. Asimismo, se ha descrito una alta prevalencia de síntomas emocionales y patología psiquiátrica en sujetos afectados por híper o hipotiroidismo.

Es conocida la asociación entre eventos estresantes y la aparición de hipertiroidismo y también se ha comunicado una asociación entre hipertiroidismo y trastorno de pánico.

Igualmente, de acuerdo con un estudio realizado por la Universidad Nacional de La Plata, se pudo concluir que efectivamente los pacientes que sufren de patologías de la tiroides son propensos en presentar ataques de pánico inesperados:

Se realizó una revisión de sesenta historias clínicas de pacientes de ambos sexos con diagnósticos incluidos en el capítulo de Trastornos de Ansiedad según el Manual de clasificación oficial. De los sesenta seleccionados se escogió un grupo A de treinta con antecedentes personales de Patología Funcional Tiroidea y el restante grupo B solo con diagnóstico de Trastorno de Ansiedad. Se buscó Ataques de pánico inesperados como forma de presentación del paciente a la consulta.

Resultado: de los treinta pacientes del grupo A se presentaron dieciséis (53,3 %) con ataques de pánico inesperado y de los pacientes del grupo B solo dos (6,6 %) con esa forma de presentación. (Outon, 2013).

Un ataque de pánico producto del hipertiroidismo, sin duda, puede ser la explicación científica para que la procesada creyera erróneamente que las embestidas del taxista podrían significar un atentado mayor en contra de su integridad y que reaccionara disparando en contra de su agresor. El ataque de pánico consiste en:

La característica principal de una crisis de angustia es la aparición aislada y temporal de miedo o malestar de carácter intenso, que se acompaña de al menos 4 de un total de 13 síntomas.

La crisis se inicia de forma brusca y alcanza su máxima expresión con rapidez (habitualmente en 10 minutos o menos), acompañándose a menudo de una sensación de peligro o de muerte inminente y de una urgente necesidad de escapar.

Las personas que sufren ataque de pánico acostumbran a describir el miedo como intenso, y relatan cómo en aquel momento creían estar a punto de morir, perder el control, tener un infarto o un accidente vascular cerebral o «volverse locos». Describen asimismo un urgente deseo de huir del lugar donde ha aparecido la crisis. Al ir repitiéndose, estas crisis pueden presentar un menor componente de miedo. (Clínica de Neurofeedback Bioenergética, 2013)

Ahora, bien en el caso planteado, debemos tener en cuenta que tales alteraciones en el comportamiento son objeto de discusión en el derecho penal, más especialmente al interior del concepto de la inimputabilidad. De acuerdo con el profesor Fernando Velásquez, la imputabilidad implica:

La posesión de condición de sanidad mental suficientes que le permitan motivarse conforme a los dictados de la norma; en otras palabras, su imputabilidad que implica un conjunto de presupuestos de índole psicológica, emanados de la personalidad del autor al momento de realizar el hecho traducidos en la aptitud para comprender su carácter injusto y para dirigir su accionar conforme a dicha comprensión. (Velásquez, 2010)

Siguiendo esta línea argumentativa, en el presente caso puede persistir la discusión sobre la inimputabilidad de la procesada por un ataque de pánico inesperado, y en virtud de ello, cambiar la pena por una medida de seguridad en los términos señalados en el artículo 9 y 71 del C.P.

Así entonces, es posible reconocer la inimputabilidad por un trastorno mental transitorio con base patológica producto del hipertiroidismo que padecía la procesada, y que le produjo un posible ataque de pánico que la llevó a pensar en defenderse de una agresión que no estaba ocurriendo como ella lo imaginaba. Por esta vía era posible que el juez condenara a la procesada a seguir un tratamiento para manejar su enfermedad de conformidad con su médico tratante, muy posiblemente prescindiendo o suspendiendo la medida de seguridad consistente en la reclusión en un centro psiquiátrico y procediendo a ordenar un tratamiento ambulatorio, pero prohibiendo en todo caso, estar cerca de armas de fuego, o inclusive, estar expuesta a situaciones que le produjeran alto grado de estrés, como por ejemplo, conducir vehículos. De todas formas, como lo estima el artículo 71 la medida de seguridad no podrá superar 10 años, ni el tiempo de la pena imponible de acuerdo con el delito realizado, esto quiere decir que se debe, en todo caso, establecer si nos encontramos ante una tentativa de homicidio o ante una defensa putativa para definir el tiempo de duración de la medida de seguridad.

Ahora bien, por falta de suficiencia o fortaleza en la prueba por parte de la defensa de un evidente estado de inimputabilidad, producto de un ataque de pánico inesperado, y sobre todo, siguiendo los derroteros del debate del caso, nos vinculamos en este trabajo con la tesis de semiinimputabilidad o lo que la doctrina ha denominado imputabilidad disminuida, en la cual, no existe ausencia total de la condición de sanidad mental –suficiente- para motivarse conforme a los dictados de la norma, debido a que la procesada, en términos generales disfrutaba de una vida normal: laboraba, manejaba y podía relacionarse con otras personas en condiciones normales, no obstante, como lo dictaminó el médico tratante en el juicio, la procesada sí padecía de una enfermedad que podía afectarla emotivamente, y por lo cual, se podría hablar como plantean algunos autores que a continuación se citarán, de una imputabilidad disminuida.

Sobre el tema, por ejemplo, expone el profesor Cerezo (2008):

En la moderna Ciencia del Derecho penal se admite la existencia de personas cuya capacidad de culpabilidad no está excluida, sino simplemente disminuida. Se trata de los llamados semiimputables. Fue a fines del siglo XIX cuando, como consecuencia de los progresos de la Psiquiatría, se reconoció su existencia.

(...)

Las eximentes incompletas de anomalía o alteración psíquica, de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan análogos efectos, o hallarse bajo los efectos de un síndrome de abstinencia y de alteraciones en la percepción, se aplican cuando se parecía no una exclusión, sino una disminución de la capacidad de culpabilidad, de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento.

También el profesor Roxin (1996), ha expuesto lo siguiente:

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad notablemente disminuida no es una forma autónoma de “semiimputabilidad” que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aun) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma.

En el mismo sentido el profesor Jescheck (2002) expone:

La capacidad de comprensión o de control de la acción no está en verdad excluida, pero si considerablemente disminuida. Aquí no se trata del poco claro escalón intermedio de la “semiimputabilidad” a caballo entre la plena responsabilidad penal y la incapacidad de culpabilidad. Antes bien, el autor tiene tal aptitud; sin embargo, a causa de la limitación de su capacidad de comprensión o de control de la acción la pena puede ser atenuada.

En el caso planteado, la discusión sobre la inimputabilidad fue descartada por las dos instancias que valoraron el proceso, a pesar de que sí se probó que padecía de una enfermedad diagnosticada y que muy posiblemente le impidió comprender de manera correcta la realidad y reaccionó en conformidad con esa comprensión.

Sobre este punto, es necesario plantear que un estado de imputabilidad disminuida se puede presentar, tanto en la comisión de una conducta punible, como en la realización de una conducta que pueda estar cobijada por una causal de ausencia de responsabilidad, que en este caso sería la legítima defensa.

En este orden de ideas, es posible plantear que un inimputable o que un semiimputable pueda actuar en legítima defensa, como por ejemplo, un niño de 9 años que para defenderse de un ladrón lanza una piedra al rostro de su agresor. Igualmente puede y con mucha razón, un inimputable o un semiimputable incurrir en un error de prohibición indirecto –en este caso una defensa putativa- cuando al creer erradamente que se encuentra bajo un ataque de un tercero, se defiende sin haber razón, y este error puede ser ocasionado, a su vez, por un trastorno mental, inmadurez psicológica o diversidad socio-cultural, o como se explicó antes, por algún estado de imputabilidad disminuida.

Como soporte de lo anterior, el artículo 9 del C.P., establece que “[p]ara que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.” Esto quiere decir que a los inimputables también se le aplican las causales de ausencia de responsabilidad indistintamente de su capacidad para comprender la ilicitud de sus actos. Por esta razón, también es totalmente admisible que una persona que padezca una enfermedad que afecte su capacidad para percibir la realidad pueda actuar bajo un error de prohibición indirecto sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa cuando se defiende al creer ser agredido, sin que realmente tal agresión exista.

En el caso concreto, puede afirmarse que tanto la inestabilidad emocional, el nerviosismo y la irritabilidad que padecía la procesada por padecer de hipertiroidismo, junto con otras circunstancias especiales del caso, la hicieron percibir una agresión mucho más fuerte de lo que en realidad era, y en consecuencia, la llevó a reaccionar de una manera desproporcionada, recordando que como lo señala la literatura psicológica, los pacientes de hipertiroidismo son propensos a ataques de pánico.

De acuerdo con lo anterior, la procesada no pudo imaginar que estaba siendo objeto de una agresión automovilística que a diario sufren to-

dos los bogotanos y muchas personas que viven en las grandes ciudades del mundo. Esta agresión fue reconocida por el taxista en el juicio – pero que fue valorada en nuestro juicio erróneamente por el Tribunal-, pues afirmó haberle lanzado el vehículo en tres ocasiones. Por el contrario de lo que afirmaron el juez y el Tribunal que analizaron el caso, la procesada dijo que se imaginó que las reiteradas agresiones ya tenían un tinte criminal diferente, pues incluso, luego de que la procesada le mostrara el arma al taxista, como bien lo pone en evidencia el Tribunal -después de la segunda agresión-, pensó en ese momento que efectivamente la situación se estaba saliendo de un contexto normal y ya tomaba un tinte criminal diferente.

También hay que decir, como en parte lo argumentó la defensa en su momento, que se presentaron otros factores adicionales que podían confundir a la procesada, como por ejemplo el ser miembro de la fuerza pública y estar uniformada en el momento de los hechos, lo que en Colombia a veces genera vulnerabilidad frente a atentados criminales; el hecho de que su esposo también fuese miembro del ejército y estaba en una misión en otra ciudad; igualmente, el hecho de que fue objeto de tres agresiones seguidas por parte de la misma persona; el hecho de ser mujer y el estar siendo agredida por dos hombres en las horas de la noche; el hecho de ser agredida inclusive a pesar de dar advertencia con un arma; y el hecho de que la agresión se cometiera a través de un taxi, vehículos que en la ciudad de Bogotá muchas veces son utilizados para actos criminales como el llamado “paseo millonario”. Todo ello derivó en un cúmulo de situaciones anómalas que llevaron seguramente a la procesada, junto con la enfermedad que padecía, a tener una errada percepción de la realidad y a tener una reacción desproporcionada conforme a esa percepción.

Precisamente, la correcta valoración de estas situaciones podrían configurar la causal de casación de error de hecho por falso juicio de identidad, que “tiene lugar cuando el juzgador, al considerar el medio de prueba, distorsiona su contenido, cercenándolo o adicionándolo” (Sentencia del 12 de Junio de 2003), pues ninguno de estos hechos fueron tenidos en cuenta por los falladores, quienes abiertamente omitieron el análisis de estas situaciones particulares y, adicionalmente, incurrieron en un falso juicio de identidad sobre las pruebas, agregando conte-

nidos al material probatorio sin fundamento, como por ejemplo, cuando se afirmó que el caso trataba de un hecho de intolerancia intencional dirigido a atentar contra la vida del señor taxista, en los siguientes términos:

Del caudal probatorio se desprende que el suceso se originó al interior de uno de los embotellamientos viales que desencadenan las denominadas horas pico en Bogotá (entre 05:00pm y 06:00pm), que la acusada estaba fatigada por el trabajo que había tenido durante todo el día, que presentaba malestar en su salud desde hace algún tiempo, y que se dirigía con urgencia a una cita médica que había logrado conseguir después de mucha insistencia y estaba a punto de perder “porque iba tarde”.

En ese escenario apareció la víctima con su taxi, quien la cerró “a la brava” en varias oportunidades para ganarle injustamente la vía y salir más rápido del embotellamiento; después de eso se generó la actuación conocida, que de acuerdo con el a quo obedeció a un acto de “intolerancia, intransigencia, exaltación y exacerbación”.

La experiencia enseña que dentro del tráfico automotor que presenta una ciudad congestionada como la de Bogotá, existen muchos conductores intransigentes en quienes se desencadenan explosiones de ira o euforia ante las agresiones injustas que otros conductores les generan en la vía. Una de las más populares y por las que más se presenta ofuscación, es precisamente la denominada “cerrada”, en algunas oportunidades acompañada de insultos que aumentan el grado de excitación de quien se ve sometido al injusto comportamiento.

En consecuencia, al agregar un contexto de tal índole con las particulares circunstancias personales por las que estaba atravesando la acusada en el momento de la acción, puede obtenerse como resultado la existencia de una agresión que presentó la fortaleza suficiente como para desencadenar un ataque de ira capaz de influir en su actuación, por lo que deberá reconocerse la circunstancia contemplada en el artículo 57 de la Ley 599 de 2000, así como efectos punitivos.

Como vemos en esta cita, el Tribunal reconoce que en contra de la procesada sí existió una agresión y que la procesada reaccionó frente a esa agresión, pero en cambio, sostuvo que la reacción se produjo por un



ataque de ira y con dolo de matar, ello a todas luces denota una contradicción argumentativa muy problemática, pues si existe una reacción a una agresión, no se entiende como luego se soporta un dolo de matar y no de defensa.

En este caso, no podría plantearse una exoneración de responsabilidad, como malinterpretó el juzgado 36 del circuito de Bogotá, por error de prohibición, ni tampoco es posible la exoneración de responsabilidad por legítima defensa, como advirtió el Tribunal Superior de Bogotá; en cambio sí sería muy acertado plantear la atenuación de la responsabilidad por la ocurrencia de una defensa putativa, al degradar la responsabilidad dolosa en una culposa como más adelante se explicará.

De esta forma, partiendo de las circunstancias particulares en que se desarrollaron los hechos, en combinación con la enfermedad de la procesada, se pudo haber entendido el caso de una forma diferente porque se pudo haber reconocido que la procesada pensó que estaba siendo víctima de una agresión mayor por parte del taxista, donde incluso pensó haber sido víctima de una actividad criminal organizada que pusiera en peligro su integridad y su vida y no de una agresión en circunstancias normales del tráfico bogotano. Por esa falsa percepción de la realidad, la procesada reaccionó defendiéndose de una manera que objetivamente no era la apropiada como bien lo apunta el Tribunal. Por esta razón, era necesario que se reconociera por parte de los juzgadores que la procesada actuó bajo una defensa putativa, pues a pesar de la desproporción entre la defensa y la agresión, sigue existiendo la intención de defenderse —de una agresión que efectivamente existió— y no como lo manifestaron el Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado 36 del circuito de Bogotá, que actuó con la intención de acabar con la vida del taxista en un acto de intolerancia.

Al parecer, una de las preocupaciones de las dos instancias que trataron este caso era evitar el reconocimiento de una causal de ausencia de responsabilidad y que el caso quedara impune, pero la defensa putativa no es siempre una causal de ausencia de responsabilidad porque puede presentarse como una circunstancia de menor punibilidad cuando se presenta un error vencible en los presupuestos objetivos de la legítima defensa, tema que se explicará en el siguiente aparte.

**La defensa putativa en el caso.** El tratamiento de la defensa putativa ha suscitado en la doctrina una gran controversia sobre su naturaleza jurídica (1), un sector de la doctrina entre ellos los profesores Velásquez (2010), Jakobs (2007) y Zaffaroni (2006) consideran que quién cree erróneamente estar siendo objeto de una agresión real y se defiende, incurre en un error de prohibición indirecto porque, quien actúa así, tiene afectado el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta; y otra parte de la doctrina, considera que se incurre en un error de tipo, pues se incurre en un error sobre el conocimiento de los hechos (al creer erróneamente que existe agresión cuando ello no está de acuerdo con la realidad) o del conocimiento del injusto, entre los que se encuentran Mir Puig (2010), Fernández (2012) y Bustos & Hormazábal (2006). A continuación me permitiré transcribir algunos apartes de las posiciones de varios de los autores citados:

Zaffaroni (2006) explica la discusión en la siguiente cita:

Las mal llamadas justificaciones putativas; las otras variantes del error indirecto de prohibición tiene lugar cuando el autor supone falsamente una necesidad o una situación de justificación que no existe. Suelen llamarse justificaciones putativas, denominación no correcta, porque no son casos de justificación sino de inculpabilidad. En esta clase de error indirecto de prohibición es la que más dificultades ha causado, porque (...) un buen sector doctrinario pretende que en caso de que se pliega a la llamada teoría limitada de la culpabilidad (ver S217.4) o bien, por pretendidas razones político-criminales (ver S217.6).

Y continúa diciendo en otro aparte:

S217.4: la teoría de la culpabilidad también se bifurcó entre una teoría estricta y la llamada teoría limitada. Esto obedece a que, para quienes sostienen que la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad, las circunstancias objetivas de una situación de justificación (que el sujeto crea que lo están agrediendo, etc.) formarían parte del tipo objetivo, debiendo ser captadas por el dolo y, por ende, cuando se las supone falsamente, ese error sería de tipo y no de prohibición. Por lo tanto, estiman que la llamada justificación putativa vencible da lugar a un delito culposos. En cambio, para la teoría estricta de la culpabilidad –que es la aquí postulada– no es posible sostener que la justificación putativa elimine el dolo, puesto que éste queda afirmado en el nivel de la tipicidad; de modo

que cualquier error que recaiga sobre el carácter o entidad del injusto del acto producirá sus efectos en el estrato analítico de la culpabilidad.

S217.5: La llamada teoría limitada de la culpabilidad tiene casi las mismas consecuencias sistemáticas y político-penales que la teoría unitaria del error: debe admitir la tentativa culposa y deja impunes los errores vencibles de esa naturaleza cuando no existe tipo culposo. El esfuerzo por quitar el error vencible sobre la situación de justificación del ámbito del error exculpante (para considerarlo error vencible de tipo, al igual que la teoría unitaria del error), choca con el inconveniente que no puede negar la voluntad dirigida a la producción del resultado (es difícil considerar culposa la conducta dirigida a lesionar). Por ello, no faltan quienes admiten que se trata de tipicidad dolosa, sosteniendo que solo por razones político-criminales es aplicable la pena del delito culposo. (Zaffaroni, 2006, )

Sobre la discusión, explica el profesor Jescheck (2002) que la naturaleza del error sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad (error de tipo permisivo), tiene una naturaleza mixta entre el error de tipo y el error de prohibición, que suscita la discusión:

Se trata, no obstante, de un error *sui generis* que está a caballo entre el error de tipo y el error de prohibición indirecto. La similitud con el error de tipo reside en su estructura: el error de tipo permisivo también se refiere a los elementos (descriptivos y normativos) de una proposición jurídico. La semejanza con el error de prohibición indirecto reside en sus repercusiones: el conocimiento del tipo permanece intacto y, por tanto, la función de llamada de éste surte plenos efectos; sencillamente, el error provoca en el autor la creencia de que la norma de prohibición cede excepcionalmente ante la proposición permisiva.

Sobre este tema el profesor Velázquez (2010) dice lo siguiente:

La agresión también debe ser real. Esto, porque puede suceder que el ataque al derecho no se presente de verdad y el sujeto actúe en la creencia de que existe, con lo cual se podrá hablar de una agresión aparente o putativa; si el agente actúa con la convicción de que es agredido sin serlo, se tratará de una defensa putativa que en ninguna circunstancia es constitutiva de justa causa, aunque puede excluir la culpabilidad del autor al configurarse un error de prohibición indirecto (artículo 32, numeral 10, inciso 1). Por ello suele denominársele también defensa subjetiva por oposición a la defensa objetiva, o legítima defensa, o defensa necesaria.

Ahora, expresa el mismo autor (Velásquez, 2010) sobre las clases de errores de prohibición indirecto que existen y los efectos de la defensa putativa:

El error indirecto, o sea, el que recae sobre una causa de justificación del hecho, que a su vez puede ser de tres clases: en primer lugar, puede acontecer que el agente se equivoque acerca de la existencia de una justificante, al suponer la presencia de una causal de exclusión de la antijuridicidad no prevista por el ordenamiento jurídico.

(...)

En segundo lugar, puede pasar que el agente yerre sobre los límites de una justificante y desborde las exigencias legales para que –en el caso concreto- concurra una excluyente de la antijuridicidad, lo que se traduce en una situación de exceso motivada por un error.

(...)

Aparece una tercera forma denominada error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho, que se presenta cuando el agente supone la presencia de los requisitos objetivos de una causal de justificación legalmente reconocida, cuando en realidad ello no sucede; son los casos de “justificantes” putativas de los que ya se habló.

(...)

Es este el error de tipo permisivo, tratado por la teoría limitada de la culpabilidad –que por esta vía hace concesiones a la teoría de los elementos negativos de tipo- como error de tipo en el derecho comparado son diversas las posturas doctrinarias sobre la ubicación dogmática de esta figura.”

Ferré y otros (2010) dicen lo siguiente con base en el error sobre los supuestos objetivos de las causas de justificación:

Este error se aprecia cuando el sujeto cree encontrarse en una situación justificada por el Derecho (por ejemplo, ser víctima de una agresión) pero que no se corresponde con la realidad. Si en este caso se diera muerte al presunto agresor, podría considerarse la existencia de un error de tipo o de prohibición, lo que necesariamente implica distintas

consecuencias jurídicas. Estas diferencias que aprecian más nítidamente en el caso de un error vencible, porque correspondería aplicar la pena por un delito imprudente (error de tipo), o la bastante mayor que corresponde a un delito doloso atenuado (error de prohibición). En esta obra optamos por la teoría restringida de la culpabilidad, y en consecuencia estos presupuestos fácticos deben ser abarcados por el dolo. Esta es la solución que expresamente ha adoptado el legislador colombiano, al establecer en el art. 32.10 CP que “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando (...) se obre con error invencible (...) de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad”. El error sobre estos elementos será de tipo y en consecuencia, si es invencible llevará a la impunidad, y si es vencible a la sanción por un delito imprudente.

Por su parte, el profesor Fernández (2012) expone lo siguiente:

Es en la práctica el más importante de los casos de justificación errónea o putativa. Tiene lugar cuando, por fallas en la percepción de una situación dada, el agente cree que se dan los supuestos objetivos de un tipo permisivo, por defectuosa interpretación de la realidad, no de las normas. En general se da a estas situaciones el nombre de justificantes putativas, pero no son desde luego causas de justificación sino errores esenciales que excluyen la responsabilidad subjetiva.

(...)

El caso más notable de esta clase de error, por su incidencia práctica, es el de la defensa putativa: el sujeto, con fundamento serio, se cree agredido sin serlo realmente, y reacciona en forma actual y proporcionada como si respondiera a un ataque real. Un error así no torna lícita la acción, pero sí hace subjetivamente irresponsable al autor, no porque le falte la nuda intención de la ilicitud.

(...)

El sujeto actúa sin dolo, porque su intención no es la de realizar un injusto típico, sino un hecho justificado.

En la doctrina internacional también podemos encontrar autores que han tratado el tema, por ejemplo, el profesor Jescheck (2002) dice lo siguiente:

El motivo del tratamiento privilegiado del error de tipo permisivo frente a los supuestos del error de prohibición indirecto reside, por un lado, en su menor (que no inexistente) desvalor de acción. Tal minoración se deriva de la conciencia del autor que cree estar obrando justificadamente y que aquí se refiere a una causa de justificación reconocida por el Derecho (el autor cree actuar legalmente en el sentido del Derecho positivo existente). Por otro lado, el contenido de culpabilidad del hecho es diverso al de los delitos dolosos: la motivación que ha conducido a la formación del dolo del hecho no reside en la ausencia de una actitud jurídica interna sino en un análisis poco cuidadoso de la situación.

También, el profesor Mir Puig (2010) opina al respecto lo siguiente:

El tratamiento que merece la legítima defensa putativa es el propio de todo error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación (cfr. Supra, I 5). En España la doctrina tradicional sigue la teoría del dolo, y considera que el error excluye en este caso el dolo: si el error es vencible concurrirá imprudencia y si no lo es, impunidad.

(...)

Esta me parece la solución correcta, aunque el error no afecte al tipo del delito, pues si afecta a la situación descrita en el tipo de la legítima defensa (error de tipo negativo), y no solo a su regulación jurídica.

(...)

Distinto tratamiento propone la teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el error sobre una causa de justificación será siempre error de prohibición, que atenúa o excluye la culpabilidad según sea vencible o invencible.

El profesor Muñoz (2012), también expone lo siguiente:

Las diferencias entre lo real y lo putativo son, a veces, difíciles de marcar en el caso concreto y dependen de las más diversas circunstancias objetivas y subjetivas. Por eso es necesario dejar un cierto margen al individuo en la apreciación de la realidad concreta. Si una persona, tras una valoración de las circunstancias, considera, prudente y razonablemente, que va a ser víctima de una agresión y reacciona

defendiéndose, parece correcto considerar que actúa justificadamente, aunque objetivamente no se dé exactamente el presupuesto de la legítima defensa.

(...)

Quien actúa ex ante dentro de los márgenes admitidos socialmente al apreciar el presupuesto de una causa de justificación, actúa justificadamente, aunque luego ex post resulte que su percepción de la realidad fue objetivamente errónea, el verdadero error jurídicamente relevante comenzará a plantearse solo cuando el sujeto traspase en su apreciación los límites del riesgo permitido y de lo razonable y adecuado socialmente (cfr. *Infra* capítulos XX y XXI).

En la misma línea, el profesor Luzón (2012) expone lo siguiente:

En resumen, el tratamiento del error sobre la presencia de los presupuestos de una causa de justificación es el mismo que el de cualquier error de tipo. Por lo tanto, en todo caso excluye el dolo, dando lugar a imprudencia si es objetivamente vencible, y si es objetivamente invencible, a ausencia de dolo e imprudencia (caso fortuito); y si, pese a ser objetivamente vencible el error, por circunstancias individuales resulta personalmente invencible para el sujeto, su conducta será imprudente, pero no culpable.

Los profesores Bustos & Hormazábal (2006) dentro de un esquema interesante, plantean lo siguiente:

Para que haya un injusto doloso es necesario además que se dé la antijuridicidad del hecho típico e igual respecto de la culpa. Por tanto, un error sobre los presupuestos de las causales de justificación puede rectificar ese indicio de injusto, ya sea eliminándolo completamente, ni dolo ni culpa si es insuperable, o bien si es superable, dejando subsistente sólo la culpa.

Por último, el profesor Jakobs (2007) menciona lo siguiente:

Si al error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación se suma un error sobre la concurrencia del tipo de esta causa de justificación supuesta, sigue habiendo error de prohibición.

Desde la jurisprudencia nacional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2010) ha dicho sobre el tema lo siguiente:

Por tanto, quien obra bajo ese supuesto, como ya lo ha precisado la Corte, está soportado en el error de prohibición, también denominado defensa putativa o presunta, porque quien procede lo hace bajo el errado convencimiento de que ha sido objeto de un indebido ataque, cuando en realidad no ha existido la embestida, real o apremiante, luego el comportamiento del agente está determinado por una deformación de la verdad que da lugar a excusar la responsabilidad, pero siempre y cuando el error sea invencible, dado que si fuere “vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa” (Sentencia del 5 de Mayo de 2010)

Ahora bien, muy a pesar de la discusión que aún suscita el tratamiento de la defensa putativa sobre si debe tratarse como un error de tipo o un error de prohibición, es claro que ya sea dogmáticamente correcto o por razones político-criminales, el código penal colombiano (Ley 599 de 2000) regula esta figura en el artículo 32, numeral 10, al establecer lo siguiente:

Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Sin embargo, para los efectos de este trabajo, acogeremos la tesis de que la defensa putativa es un error de prohibición indirecto, pero que de conformidad con la Ley –artículo 32.10, C.P.-, se trata como un error de tipo.

Siguiendo con la exposición de este trabajo, de acuerdo con el artículo antes citado, quien obre con un error vencible en los presupuestos de un causal de ausencia de responsabilidad, es decir, como en el caso planteado, quien piensa erróneamente ser víctima de un atentado en contra de su integridad, su conducta será punible si la ley la hubiere previsto como culposa. Quiere esto decir, que con la aplicación de este artículo –Artículo 32 numeral 10 del C.P.-, no era posible condenar a la acusada por tentativa de homicidio ni por porte ilegal de armas por lo que a continuación me permitiré explicar.



En el caso que se está examinando, puede afirmarse que se presentó un error vencible en la procesada debido a su falsa percepción de la realidad al creer erradamente ser agredida de una forma más grave de lo que realmente ocurría, es decir, pensó estar siendo objeto de un atentado contra su integridad, cuando realmente estaba siendo víctima de una agresión de tránsito, y este error de percepción vencible, como se explicó, tuvo su origen no solo en su enfermedad, sino en las circunstancias particulares que rodearon el caso como ya se explicaron en el aparte anterior.

De este presupuesto, se pueden derivar dos hipótesis jurídicas en la aplicación de la defensa putativa al caso en concreto, la primera, es que existió un error vencible sobre el presupuesto objetivo de la agresión, pensando inicialmente que no existió agresión relevante como para activar una legítima defensa, es decir, que las agresiones normales en el tráfico automotor se entienden como tolerables y por tanto, no requerirían de una legítima defensa. En este sentido en esta hipótesis se parte desde el inicio que no existió nunca una agresión, y que por lo tanto, el error vencible de la procesada consistió en creer que estaba siendo injustamente agredida por el taxista, y que por ello, podía defenderse.

En la segunda hipótesis, se parte, y así lo reconoció el Tribunal –consciente o inconscientemente- que sí hubo una agresión, al considerar como tal, tres “cierres” en una vía pública y romper el retrovisor durante la última maniobra imprudente realizada por el taxista en contra de la procesada. En este orden de ideas, al aceptar que sí existió agresión, el error vencible en el caso se presentaría sobre la proporcionalidad en la respuesta a la agresión recibida; ello sin dejar de vista que, la procesada, creyó haber sido agredida no por una situación cotidiana en el tráfico, sino por una agresión que podía significar un atentado contra su integridad. En esta hipótesis, es claro que el error es vencible pero sólo sobre la proporcionalidad de la reacción, ocasionado por una falsa percepción de la realidad como se dijo en el punto anterior.

Ahora bien, cualquiera de las dos hipótesis anteriores, tienen de conformidad con la Ley Penal (C.P., Art. 30.10) unos efectos jurídicos en el caso, que explicare enseguida.

Primero, con relación al porte ilegal de armas en el caso, la procesada piensa erróneamente que está siendo objeto de una agresión injusta y para su defensa considera necesario utilizar un arma de fuego que tiene a su alcance, sin tener permiso ni siquiera para portarla, pero a pesar de ello, la usa primero para persuadir a su agresor, y luego, con el ánimo de defenderse de una agresión inminente. En este sentido, se podría hablar de un error de prohibición indirecto en la legítima defensa, pues al intentar defenderse de su agresor, considera que la pistola es el medio más idóneo para hacerlo, creyendo erróneamente ser agredida de una manera más intensa de lo que realmente estaba sucediendo. Este error indirecto de prohibición que se trata como error de tipo en la legislación colombiana, elimina el dolo de la conducta y deja subsistente la modalidad imprudente. En consecuencia, a pesar de subsistir la imprudencia en el hecho de haber tomado un arma sin tener permiso para usarla con el propósito de defenderse de una agresión que para la procesada era real, actual e inminente, la conducta termina siendo atípica, toda vez que no existe el porte de ilegal de armas culposo.

Segundo, en relación con la tentativa de homicidio por la cual fue condenada la procesada, nuevamente, si una persona cuya percepción se encuentra afectada por una enfermedad, y por ello, cree erróneamente que está siendo agredida o siendo víctima de un delito en contra de su integridad, y por ello se defiende con un arma de fuego, nos encontramos ante un error de prohibición indirecto vencible, en que no hubiese incurrido una persona cuidadosa en las mismas circunstancias, y que por lo tanto, diluye su responsabilidad a la modalidad culposa de acuerdo con el contenido del artículo 32 numeral 10. No hay posibilidad de imputar una tentativa de homicidio culposa, por no estar esta conducta tipificada, tampoco es posible imputar homicidio culposo porque sencillamente no se dio el resultado exigido en el tipo que es la muerte. Pero en cambio, lo único que sí se ha podido imputar en el presente caso es el tipo penal de lesiones culposas por incapacidad para laborar por 7 días como bien lo dictaminó Medicina Legal en su momento.

Como se demuestra, la falta de aplicación del artículo 32, numeral 10 del C.P., y el temor de las distintas instancias de que este caso quedara impune, conllevó a una errónea aplicación directa de la norma –que es una de las causales de casación- al imputar una tentativa de homicidio argumentando que se trataba de un tema de intolerancia, argumentan-

do adicionalmente que la procesada actuó con intención de matar, cuando muy por el contrario actuó con la intención de defenderse de una agresión real pero no tan grave como ella se imaginó. Por esta razón debió reconocerse una defensa putativa, y en virtud de ello se le debió imputar responsabilidad por lesiones personales culposas, de acuerdo con la exposición que se acaba de hacer.

*Exceso en la legítima defensa.* Otra posible solución al caso planteado es la consagrada en el artículo 32, numeral 7, segundo inciso. Según este apartado legal, una persona que incurre en una legítima defensa pero excede en sus límites tendrá una rebaja de la tercera parte a la mitad.

Como dijimos en el estudio del caso, a la procesada le reconocieron la ira (C.P., Art. 57) en la comisión de la conducta punible, ello podría verse como una inimputabilidad disminuida, y como bien lo reconoció el Tribunal, muy seguramente por las circunstancias del caso y por las condiciones especiales de salud por las que estaba pasando la procesada en el momento de los hechos. Pero insistimos nuevamente, el dolo de la procesada no era el de matar, sino el de defenderse de una agresión que efectivamente existió pero que seguramente no ameritaba semejante reacción. Por esta razón, podría decirse que se defendió, solo que su defensa se excedió respecto de la agresión.

Pero para efectos penales, no es lo mismo hablar de una defensa putativa motivada por un error que excederse en la legítima defensa, pues mientras la primera figura, que ya fue explicada en el aparte anterior, se regula en el artículo 32.10 del C.P., la segunda se regula por el artículo 32.7, segundo inciso. La posición que toma este trabajo es que efectivamente existió una defensa putativa, derivado de una falsa percepción de la realidad, ya sea por un error vencible sobre la existencia de una agresión o sobre la proporcionalidad de la defensa respecto de la agresión, pero no deja de ser interesante indagar por las soluciones que puede suministrar la posibilidad del exceso en la legítima defensa, partiendo obviamente de que sí existió una agresión, pero que la procesada en el caso en que estamos analizando se excedió en su defensa.

Para comenzar, se hace necesario distinguir entre un exceso en la legítima defensa y una defensa putativa, sobre este aspecto ha expuesto el profesor López (2010) lo siguiente:

Cabe distinguir en esta temática dos situaciones diversas: el exceso putativo en la legítima defensa y la defensa putativa propiamente dicha.

Esta distinción ha sido esclarecida en un fallo de ese magnífico Tribunal Supremo que tiene España en estos términos: La distinción entre exceso putativo en la legítima defensa y defensa putativa radica en que, mientras en esta última todos los requisitos de la eximente son imaginarios, comenzando por la supuesta agresión, representada como tal en la conciencia del defensor, pero sin existencia real, en el exceso putativo se da una inicial agresión realmente existente, y por tanto, una necesidad de defensa, pero contra la que se reaccionó rebasando la proporción debida, lo cual lleva a concluir, en principio, que en este último caso, existir una eximente de legítima defensa incompleta (...), pero si tal exceso se debió a error intelectual habrá de aparecer una culpa o imprudencia, o si el error fue invencible, que es el supuesto constitutivo del exceso putativo.

Sobre el tema, el profesor Velásquez (2010) expone lo siguiente:

[E]l legislador, quien consciente de ello prevé un tratamiento especial para el excedido, que difiere del otorgado a la persona que en ningún momento ha pisado los linderos propios de la justificante; ello es apenas obvio, pues en los casos de exceso el grado de injusto es menor, lo que –en cumplimiento de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad- se traduce en un menor grado de exigibilidad y por ende de punibilidad, sea que el agente haya obrado de manera consciente o inconsciente, en una situación de error o no. (...)

Como es obvio, para poder hablar de exceso es indispensable que el actor en un determinado momento se encuentre dentro de los límites propios de la respectiva justificante; es decir, se debe reunir las exigencias de cualquiera de las causales, pues de lo contrario no se entendería que el tenor del texto dijese “exceda los límites (...).

Para concluir, obsérvese, el exceso se debe determinar a partir de los requisitos expuestos para cada una de las eximentes teniendo en cuenta, además, la doble naturaleza de algunas concebidas al mismo tiempo como causales de atipicidad y de justificación, o como justificantes y de inculpabilidad. Así mismo, no se olvide, el problema del exceso no es propio de la antijurídica, y su lugar más apropiado es la teoría de las consecuencias jurídicas del hecho punible (...).

En el mismo texto del profesor Fernando Velásquez podemos extraer un aparte que de aceptarse la teoría del exceso en la legítima defensa en el caso examinado, es perfectamente aplicable al caso concreto. Como se dijo anteriormente, a la procesada se le reconoció la rebaja de la ira (Artículo 57 del C.P.), y al considerar que el taxista sí agredió a la procesada, y que la procesada se defendió de esa agresión –tesis coincidente con lo afirmado por el Tribunal-, pero que en todo caso existe un exceso en la proporcionalidad, se podría no solo reconocer la rebaja de la ira, sino la rebaja del exceso por ser ambas circunstancias de menor punibilidad perfectamente acumulables como a continuación lo afirma el profesor Velásquez (2010):

Esto último permite concluir que la figura en examen, como circunstancia aminorante de la pena que es, puede concurrir con otras disminuyentes. Esto sucede cuando el agente se excede y se encuentra al mismo tiempo en un estado de ira causado por un comportamiento ajeno, grave e injusto (Código Penal, artículo 57); se debe deducir la doble atenuación, como lo reconoce la doctrina nacional, así la jurisprudencia lo admita de manera excepcional. El punto es tan claro que algunas legislaciones como la alemana consideran impune el exceso derivado de turbación, miedo o terror, conclusión a la que también se puede arribar en el derecho positivo si se tiene en cuenta el tenor claro del artículo 32, cuando excluye la responsabilidad en aquellos casos en los que el agente obre “impulsado” por miedo insuperable (numeral 9).

Dentro de esta hipótesis, a los 62 meses de prisión que le fueron impuestos como pena por el Tribunal Superior de Bogotá por una tentativa de homicidio con la rebaja de la ira (C.P., Art. 57), habría que realizarle la rebaja adicional contenida en el artículo 32, numeral 6, segundo inciso del Código Penal que concede una rebaja de “no menor de la sexta parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para respectiva conducta punible.”

## CONCLUSIONES

De acuerdo con los temas tratados en el presente escrito, encontramos que la regulación de la defensa putativa se encuentra establecida en el

artículo 32, numeral 10 del Código Penal, regulado como un error de tipo, en virtud del cual, al configurarse un error invencible sobre los presupuestos objetivos de una causal de ausencia de responsabilidad, se elimina el dolo y la culpa, de tal suerte que la conducta es atípica por faltar los elementos subjetivos del tipo. Y en caso de que el error fuera vencible, se elimina igualmente el dolo, pero deja subsistente la culpa, y será punible si la Ley penal prevé la conducta en la modalidad culposa.

En el caso de la defensa putativa, si alguien cree erróneamente ser agredido y se defiende en unas circunstancias en la que cualquier persona hubiese obrado de esa manera, el error en el supuesto objetivo de la legítima defensa como lo es la existencia de una agresión, su conducta quedará totalmente exenta de responsabilidad penal por faltar los elementos subjetivos del tipo.

En cambio, si alguien cree ser erróneamente agredido, pero incurrir en un error en el que una persona con mediano cuidado hubiese podido salir de él, se configura un error vencible, que elimina el dolo de la conducta pero deja persistente la modalidad culposa, si la ley la prevé como punible. De tal suerte que si la persona que se defiende genera un homicidio o una lesión personal a su agresor, solo podría imputársele los mencionados delitos, pero a título de culpa y no a título de dolo.

En el caso analizado, los hechos permiten aducir una intención de defensa por parte de la mujer que fue procesada, muy a pesar de que su reacción no se requería o haya sido objetivamente desproporcionada. Esa intención de defensa junto con otras circunstancias del caso estudiado, nos permiten aducir que la procesada incurrió en un error de percepción, en el cual pensó haber sido agredida de una forma más intensa de lo que realmente fue. En virtud de ello, estas situaciones requieren de un tratamiento especial desarrollado por la dogmática penal a través de la institución de la defensa putativa, y cuya aplicación según la Ley y la dogmática penal, impedirían condenar a la procesada como ocurrió, por una tentativa de homicidio, teniendo en cambio que proceder a condenarla por unas lesiones personales culposas, de conformidad con lo argumentado en este trabajo.

## REFERENCIAS

- Bustos, J. & Hormazabal, H. (2006). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trota.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho penal, parte general*. Montevideo: Tecnos.
- Clinica de Neurofeedback Bioenergetica. (2013). *Ataque de pánico*. [En línea]. Disponible en: <http://www.neurofeedback.com.mx/sitio/index.php/registro-de-pacientes/ataque-de-panico>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (2010). *Sentencia del 5 de mayo de 2010*. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. (2003). *Sentencia del 12 de junio de 2003*. Radicado 15290. Magistrado Ponente María Pulido De Barón.
- Fernández, J. (2012). *Derecho Penal, Parte general, Teoría del Delito y de la Pena*. Vol. 1. Bogotá: Ibañez.
- Ferré, J., Núñez, M. & Ramírez, P. (2010). *Derecho Penal colombiano, Parte general*. Bogotá: Ibáñez.
- Jakobs, G. (2007). *Derecho Penal, Parte general*. 2 Ed. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal, parte general*. 5 ed. Granada: Comares.
- Gloger, S., Fardella, C. y otros. (2013). Trastorno de pánico e hipertiroidismo: curso clínico en dos pacientes. *Revista médica de Chile*. [En línea]. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872001000200010](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872001000200010) doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872001000200010>
- Juzgado 36 del Circuito. (2012). *Sentencia del 8 de mayo*.
- López, M. (2010). *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Montevideo – Buenos Aires: Edisofer.
- Luzón, D. (2012). *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2010). *Derecho Penal, Parte general*. 8 ed. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Muñoz, F. (2012). *Derecho Penal, Parte general*. México D.F.: Tirant lo Blanch.

- Outon, M. (2013). *Patología funcional tiroidea y ataque de pánico inesperado*. Universidad Nacional de La Plata. [En línea]. Disponible en: <http://www.postgradofcm.edu.ar/ProduccionCientifica/TrabajosCientificos/52.pdf>
- República de Colombia, Congreso de la República. Ley 599 (24 de julio de 2000). *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial 44.0970 Bogotá, D. C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- República de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura (2010). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Roxin, C. (1996). *Derecho Penal, parte general*. 2 ed. Madrid:Civitas.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal, Parte general*. 4 Ed. Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.
- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2013). *Sentencia del 6 de marzo de 2013*. Magistrado Ponente: Luis Fernando Ramírez Contreras.
- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Penal. (2013). *Sentencia del 19 de marzo de 2013*. Magistrado Ponente: Luis Fernando Ramírez Contreras.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., Eslokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal, Parte general*. 2 Ed. Buenos Aires: Ediar